

ARTIGO

CADASTRO RESERVA EM CERTAMES PÚBLICOS: MERA DISCRICIONARIEDADE OU VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA?

RICHARD PAES LYRA JÚNIOR

Advogado em São Paulo, especialista em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito – EPD

RESUMO: Trata-se de ensaio jurídico acerca do tema concurso público, mais especificamente quanto à formação de cadastro reserva e a, conseqüente, prorrogação do certame. De tal sorte, sua análise resta balizada à luz dos princípios constitucionais e orientações jurisprudenciais que aludem à temática ora proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso público. Cadastro reserva. Prorrogação do certame. Vinculação e discricionariedade. Princípios constitucionais. Papel do judiciário brasileiro.

Há tempos o país observa contínua e progressiva migração de profissionais do setor privado para o público. Seja pelo fator estabilidade, seja por mero idealismo, fato é que a procura por certames públicos tornou-se prioridade de 7 em cada 10 profissionais recém-egressos das universidades públicas e privadas brasileiras.

Para tal, cumpre ao candidato submeter-se às exigências de um Edital, que segundo José Afonso da SILVA *“visa essencialmente realizar o princípio de mérito que se apura mediante investidura por concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II)”* (1).

Não obstante a árdua missão de conquistar sua vaga, num universo de milhares de concorrentes, o candidato, por vezes, não logra o êxito merecido e esperado. É que a complicada vida do *“concurseiro”* resta ainda mais tormentosa face ao constante desrespeito das Administrações Públicas, em geral, no tocante às normas constitucionais alusivas a concurso público.

É certo que, há algum tempo, STJ e STF pacificaram o entendimento inerente ao direito do candidato aprovado dentro do número das vagas estabelecidas no instrumento editalício a ser nomeado ao final do lapso temporal previsto para a vigência do certame.

No entanto, muitas questões, ainda, carecem da atenção do Poder Judiciário, eis que conduzem o rumo de um concurso a terrenos deveras nebulosos, por vezes, culminando em prejuízos irreparáveis, não apenas aos candidatos, mas à sociedade como um todo.

Exemplo unívoco pode ser extraído da polêmica que alude ao tema **“cadastro de reserva”** e **“prorrogação do concurso público”**.

Bastante recorrente em concursos modernos, o chamado cadastro reserva objetiva, em tese, reunir candidatos habilitados a assumir dada função pública segundo expectativa (evento futuro e incerto) aferida, *a priori*, conforme à necessidade do órgão ou entidade pública. De tal sorte, a Administração Pública observa à regra descrita no artigo 37, III (2), da Carta Magna, cujo teor estabelece um prazo de validade de até dois anos prorrogáveis pelo mesmo período.

Ab initio, imperioso consignar que STJ e STF (3), por vezes, entenderam que candidatos aprovados em cadastro reserva possuem **“mera expectativa de direito à nomeação”** em concurso, bem como restou assentado que a prorrogação de um certame público denota o caráter **“discricionário”** da Administração Pública em assim proceder, obstando a análise do Poder Judiciário acerca do tema.

À margem de qualquer polêmica, é preciso reconhecer que a premissa acima estatuída consagra, apenas e

ARTIGO

tão somente, a regra deste núcleo e, como tal, comporta exceção, devendo, portanto, ser aferida caso a caso, se não vejamos.

Desde a confirmação da tese, pelo STF e STJ, atinente ao direito de nomeação dos aprovados conforme às vagas definidas no Edital, as Administrações Públicas, temendo eventuais complicações financeiras e orçamentárias, têm lançado mão de um expediente costumeiramente aferível nos últimos certames: **vagas predeterminadas cumuladas com a formação de Cadastro Reserva**.

Desta feita, por razões diversas, a Administração Pública deixa de preencher o número de vagas predeterminadas ao final dos dois anos de validade do certame (desistências, candidatos inaptos em exames complementares, suposta dificuldade orçamentária, etc.) e, apesar das vagas existentes e da manifesta necessidade em preenchê-las, deixa de convocar aqueles candidatos constantes em cadastro, preferindo publicar novo instrumento editalício.

Ora, mediante perfunctória leitura acima, é possível depreender que a existência de vagas remanescentes, aliada à formação de cadastro reserva, bem como o caráter dispendioso de um novo certame, torna a situação em tela extraordinária se comparada àquela descrita como regra.

É que a Carta Magna brasileira elenca expressamente e implicitamente dispositivos constitucionais deveras sensíveis e de observância obrigatória pelo administrador público, por sua vez, negligenciados *in casu*.

Em outras linhas, a decisão administrativa no sentido de não aproveitar o cadastro reserva, havendo vagas remanescentes, viola inequivocamente os princípios da **"Legalidade, Eficiência, Moralidade e, por derradeiro, o princípio da dignidade da pessoa humana"**.

Como é cediço à edição de um concurso público é precedida de necessária lei que autoriza sua abertura, bem como defina um número exato de vagas a serem providas. Assim, por exemplo, se o instrumento editalício previu 130 vagas para um dado cargo, mas por algum motivo não conseguiu provê-las *in totum*, sem, no entanto, convocar o cadastro reserva para supri-las, afigura-se latente a **violação ao princípio da legalidade, eis que a Administração restou vinculada ao número de vagas ofertadas e dispunha de meios materiais para seu preenchimento**.

Na mesma esteira, o não aproveitamento deste material humano coloca em xeque a estrutura jurídico-constitucional estatuída pelo **princípio da eficiência administrativa, eis que, desta forma, a Administração simplesmente descarta profissionais de comprovada boa técnica e aptos a atender às expectativas almejadas pela máquina pública**.

Ademais, vale consignar o desrespeito **aos princípios da moralidade e dignidade da pessoa humana**. Inequívoco reconhecer que ao formar cadastro reserva, em certames públicos, a Administração Pública incute, tanto no indivíduo (candidato), quanto na sociedade, à ideia de aproveitamento destas pessoas assim que caracterizada a possibilidade de seu aproveitamento.

Assim, o princípio da **boa-fé objetiva**, corolário do princípio da moralidade administrativa, segundo Renata Rodrigues Barbosa BALBINO, assume duas acepções, sendo que uma *"diz respeito à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais; o segundo diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada, com todas as informações necessárias ao seu bom desempenho e conhecimento"* (4).

A mencionada obrigação de lealdade, que perfaz a primeira acepção, enlaça a Administração Pública em relação aos candidatos aprovados em cadastro de reserva, isto porque, ao lançar instrumento editalício que oferta vagas condicionadas à efetiva necessidade do serviço, o Poder Público compromete-se a contratar proporcionalmente tais candidatos, caso vislumbrada carência de servidores em seus quadros.

É o que se infere do julgado abaixo, *in verbis*:

*"Entende esse Juízo que, ao promover o concurso público, **ainda que inicialmente para a formação de cadastro de reserva**, ré compromete-se a contratar os aprovados, **pois o concurso figura como uma promessa de contratação, desde que haja necessidade do serviço**, o que corresponde a fato incontroverso nos autos. A compreensão da lide, perpassa pela análise do conteúdo ético do certame, de modo que, ao **se inscreverem de boa fé no concurso público, todos os candidatos arcam com os custos do processo de seleção, e se dedicam à preparação, com a expectativa de que, uma vez apro-***

ARTIGO

vados, preenchidos os requisitos legais e, havendo necessidade do serviço, a contratação corresponde a um direito inafastável". (grifo nosso) (5)

Destarte, uma vez frustrada a convocação do candidato, quando esta era possível, resta evidente a quebra da boa-fé objetiva que norteia todo e qualquer certame, bem como faz com que o candidato, que há tempos aspira à oportunidade de ingressar no serviço público, experimente situação de absoluto e injustificável desconforto emocional que não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, exsurge unívoco asseverar que a decisão, injustificada, de não prorrogar um certame, em que há candidatos suficientes à vaga pretendida, para lançar novo instrumento editalício, vai de encontro ao **princípio da economicidade** (art. 70, CF) (6). Neste diapasão, vale destacar o ensinamento de Ricardo Lobo TORRES (7), *in verbis*:

"O conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça. (...) eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. (...) sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas."

Consoante o excerto supra, resta indubitável asseverar que a decisão de não prorrogar um certame para, em seguida, lançar outro, afronta o princípio da economicidade. **Como é cediço, a edição de um novo certame implica uma série de procedimentos, desde os preparos que antecedem à licitação até a efetiva escolha da nova organizadora do certame, demandando tempo e gastos que, por sua vez, seriam evitados com a simples prorrogação daquele vigente.**

Tais posições restam confirmadas em recente julgado proferido na Justiça Federal do Sergipe, cujo *decisum* determinou a prorrogação da validade de certame público promovido por Autarquia de âmbito federal, após reconhecida a ilegalidade do ato administrativo que altera a data de vigência do concurso, a inobservância dos princípios da moralidade e proporcionalidade, bem como em homenagem ao princípio da economicidade.

Aqui, cabe consignar os fundamentos explicitados nesta r. decisão, *in verbis*:

"Na lição da doutrina, a proporcionalidade exprime uma correlação de eficácia do ato em relação à realidade sobre a qual vai atuar, selecionando as medidas adequadas à satisfação do interesse público específico colimado pela norma de regência do caso concreto. De seu lado, a razoabilidade opera uma harmonização da seleção prévia derivada da proporcionalidade, permitindo balancear a aplicação da medida selecionada, de modo que a satisfação do interesse público ocorra concretamente com a menor restrição possível aos direitos individuais dos cidadãos. Nesse contexto, é consabido o esforço e dispêndio para a definição das necessidades de pessoal e a respectiva alocação de recursos na lei orçamentária para prover os cargos públicos. Ora, vencidas todas as etapas – de natureza política, orçamentária e administrativa –, realizado o concurso e selecionados os melhores candidatos, não se mostra aceitável, em termos de boa gestão administrativa – informada pela proporcionalidade e pela razoabilidade –, a alteração das regras editalícias, manobrando-se seu prazo de validade antes fixado, aspecto que poderia levar ao improvimento de vagas com candidatos a tanto habilitados. (...) Sob outro giro, a previsibilidade imanente à segurança jurídica implica um elo de confiança entre Estado e indivíduo e uma salvaguarda para toda a sociedade, pois preserva e exige um mínimo ético de parte a parte. A implicação do postulado da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé, com os atos administrativos (...) O princípio da boa-fé, por sua vez, também abrange o aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. (...) Com efeito, na hipótese versada nesta demanda, não é conferido ao INSS o direito de surpreender a todos com a expedição de um edital retificador após a realização do certame e uma vez conhecidos os candidatos aprovados em definitivo, manipulando o seu prazo de validade." (8)

É certo que o caso, em tela, reserva certa peculiaridade, ante ao reconhecimento da ilegalidade do ato administrativo que, após a homologação do certame, alterou dispositivo editalício alusivo à vigência do certame. No entanto, em seu bojo, trouxe elementos que consagram à observância de princípios sensíveis por parte da Administração Pública, impedindo que a inicial discricionariedade descaube para a arbitrariedade.

Recentemente, o próprio STF deu sinais de que os princípios constitucionais suso mencionados, enfim, começam a permear o espectro do concurso público ao julgar o RE 581113/SC, sob a relatoria do Ministro Dias TOFFOLI, cuja ementa transcreve-se, *in verbis*:

"EMENTA Concurso público. Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Posterior regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral a determinar o aproveitamento, para o preenchimento daqueles cargos, de aprovados em concurso que estivesse em vigor à data da publicação da Lei.

1. A Administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação. 2. Na hipótese de haver novas vagas, preste a serem preenchidas, e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso. 3. Recurso extraordinário provido." (grifo nosso) (9)

A decisão é paradigmática, eis que reflete os valores buscados por todo e qualquer Estado Democrático de Direito, que deve primar pela qualificação técnico-profissional de seus servidores, sem descurar a primazia pelo correto atendimento ao interesse público primário, bem como atende ao preceito que preconiza o respeito à pessoa humana.

Desta forma, é possível abstrair que a ideia de discricionariedade na convocação do cadastro reserva e respectiva prorrogação do certame, apesar de regra, deve ser mensurada conforme às peculiaridades do caso concreto, devendo o administrador subsumi-las à efetiva necessidade de preenchimento de servidores e, fundamentalmente, às regras expressas na Carta Magna.

Noutras palavras, é preciso que o Poder Judiciário consolide os posicionamentos descritos outrora, de modo a não permitir que princípios constitucionais tornem-se letra morta, sendo, por vezes, aviltados pela Administração Pública em sede de concursos públicos Brasil afora.

NOTAS

(1) SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 679.

(2) Art. 37 – (...)

III – o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

(3) "1. O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação. Com isso, compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições. 2. A prorrogação do prazo de validade de concurso público é ato discricionário da Administração, sendo vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios de conveniência e oportunidade adotados". (STJ, RMS 25501/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. 18/08/2009, DJ 14/09/2009) (grifo nosso)

(4) BALBINO, Renata Rodrigues Barbosa. **O princípio da boa-fé objetiva no novo código civil**. Revista do Advogado: São Paulo, 2002, p. 111.

(5) TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO. 8ª VARA DO TRABALHO DE MACEIÓ/AL. PROCESSO: 0001605-55.2010.5.19.0008. j. em 27 de maio de 2011.

(6) Art. 70. CF – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, **economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (grifo nosso)

(7) TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista do TCE/RJ**: Rio de Janeiro, 1991, p. 37/44.

(8) JFSE. Ação Civil Pública n. 0005370-43.2010.4.05.8500, 2ª Vara Federal, j.17/05/2011.

(9) STF. RE 581113/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI J. 05/04/2011, Primeira Turma, DJe 31/05/2011.